

Roj: **ATS 3381/2012 - ECLI: ES:TS:2012:3381A**Id Cendoj: **28079130022012200035**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **2**Fecha: **09/02/2012**Nº de Recurso: **7199/2004**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **EMILIO FRIAS PONCE**Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a nueve de febrero de dos mil doce.

HECHOS

PRIMERO.- La Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (en adelante, La Caixa) interpuso recurso de casación, al que se le dió el núm. 7199/2004, contra la sentencia dictada, el 28 de Mayo de 2004, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso contencioso administrativo núm. 668/99, relativo a la solicitud de devolución de ingresos indebidos por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por importe de 975.404.494 ptas, satisfecho en la adquisición de las acciones de Inmobiliaria Colonial, SA, en 1992.

La sentencia de instancia no acoge los argumentos de la recurrente en defensa de la procedencia de la devolución de ingresos indebidos instada, que hacían referencia a que el artículo 108 de la ley del Mercado de Valores, en cuanto determina la sujeción obligatoria de la adquisición de valores realizada al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, eximiéndola del Impuesto sobre el Valor Añadido, y establece una presunción de fraude generalizada, que no admite prueba en contrario, al presuponer que todas las operaciones de transmisión de acciones correspondientes a sociedades cuyo activo es fundamentalmente de carácter inmobiliario son realizadas con motivos de elusión fiscal, es contrario al artículo 13 y 27 de la Directiva 77/388/CEE, del Consejo (en adelante, Sexta Directiva), de 17 de Mayo de 1977.

En el único motivo de casación, articulado al amparo del apartado d) del art. 88.1 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, La Caixa alegó que la sentencia infringía, entre otros preceptos, los artículos 13.B.d). 5, 5.3.c) y 27 de la Sexta Directiva, interesando, en un otrosí, para el caso de que la Sala no entendiera ajustada a Derecho la interpretación sostenida en relación con los artículos 13.B.d).5 y 5.3c) de la referida Directiva, el planteamiento de **cuestión prejudicial** al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la conformidad entre el art. 108 de la ley 24/1998, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, así como del artículo 8.1.18.g) de la ley 30/1985, de 2 de Agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido, vigente al tiempo de los hechos y desarrollado por el artículo 13.1.18 K del Real Decreto 2028/1985, de 30 de Octubre, y del artículo 20.1.18 .K) de la ley 37/1992, de 28 de Diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y los citados preceptos comunitarios.

SEGUNDO.- Esta Sala, por providencia de 11 de Octubre de 2011, acordó con suspensión del señalamiento acordado, oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por término de diez días, sobre el planteamiento al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las siguientes **cuestiones prejudiciales**:

"Habida cuenta que la Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de Mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios - Sistema Común del IVA: Base imponible uniforme,(en la actualidad la Directiva 2006/12/CE de 28 de Noviembre) ordena en el artículo 13.B.d.5) la exención, en las condiciones fijadas por los Estados miembros, de las operaciones relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos valores, salvo



que se trate de las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo, supuesto con respecto al que el artículo 5.3 autoriza a los Estados miembros a poder considerarlo como bienes corporales a efectos de la definición del hecho imponible, <<entrega de bienes>>, y dado que el artículo 108 de la ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de valores (según la redacción prevista por la disposición adicional 12ª de la ley 18/1991, de 6 de Junio), tras declarar, con carácter general, la exención, tanto en el Impuesto sobre el Valor Añadido, como en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, para la transmisión de valores, sujeta estas operaciones al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, siempre que representen partes del capital social de entidades cuyo activo está constituido al menos en un 50% por inmuebles y cuando el adquirente, a consecuencia de dicha transmisión, obtenga una posición tal que le permita ejercer el control de la entidad, sin excluir los supuestos en que la transmisión de una participación social encubre la transmisión de inmuebles, en aquellos casos en que, de haberse transmitido directamente los inmuebles, la operación habría quedado sujeta al IVA:

1)¿ La Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de Mayo de 1977, obliga en su artículo 13 B d.5) a sujetar al Impuesto sobre el Valor Añadido, sin exención, las operaciones sobre venta de acciones, por un sujeto pasivo del Impuesto, que comporten la adquisición del dominio de bienes inmuebles, ante la excepción que establece para los títulos que aseguren, por su posesión, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o el disfrute de un inmueble o parte del mismo?-

En el caso de que la respuesta sea positiva.

2) ¿La Directiva 77/388/CEE del Consejo de 17 de Mayo de 1977 prohíbe la existencia de normas como el artículo 108 de la Ley española 24/1988, del Mercado de Valores, que grava la adquisición de la mayoría del capital de la sociedad cuyo activo está fundamentalmente integrado por inmuebles por un impuesto indirecto distinto al IVA, llamado Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, con desatención de la posible condición empresarial de los intervinientes en la operación, sin excluir, por tanto, el supuesto en que de haberse transmitido directamente los inmuebles, en lugar de las acciones o participaciones, la operación habría quedado sujeta al IVA?."

TERCERO.- Las alegaciones formuladas en respuesta a la referida providencia han sido las siguientes:

A) La Caixa considera que resulta necesario plantear la **cuestión prejudicial** , como así defendió en el motivo de casación del escrito de interposición del recurso, por coincidir sustancialmente con las dudas que se plantean en la providencia, si bien con las precisiones y adiciones expuestas en el escrito presentado el 4 de Mayo de 2011, atendiendo al requerimiento de la Sala, sobre la incidencia en el procedimiento del Auto de 6 de Octubre de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea , que resolvió la **cuestión prejudicial** formulada también por la Sala en relación con la compatibilidad del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores con la Directiva 69/335, en materia de concentración de capitales. Concretamente, estima procedente consultar también sobre la compatibilidad con el TFUE y, en particular, con la garantía fundamental a la libertad de establecimiento, regulada en el artículo 49, y con la libertad de movimiento de capitales, regulada en el artículo 63, de una norma nacional como el artículo 108 de la ley del Mercado de Valores , que grava la adquisición de la mayoría del capital de la sociedad cuyo activo está fundamentalmente integrado por bienes inmuebles, sólo en el caso de que los bienes estén ubicados en territorio español.

B) El Abogado del Estado, en cambio, considera que no procede el planteamiento, por encontrarnos ante una **cuestión** resuelta y aclarada por parte del propio Tribunal de Justicia en el Auto de 6 de Octubre de 2010 - C.487/09 .

C) Finalmente, el Ministerio Fiscal entiende procedente el planteamiento de la **cuestión** prefjudicial en los términos que se sugieren en la providencia de apertura de este trámite.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Emilio Frias Ponce** ,

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-Los hechos del litigio y su desarrollo procesal:

1.- El 21 de Junio de 1991,La Caixa, titular de un porcentaje del 3,26 % del capital social de la sociedad Inmobiliaria Colonial, SA, decidió ampliar su porcentaje de participación en la misma, a cuyo efecto inició negociaciones para adquirir la participación que el Banco Central, S.A poseía en dicha entidad, cuyo activo se hallaba integrado fundamentalmente por bienes inmuebles, lo que determinó, con fecha 20 de febrero de 1992, la adquisición de la participación del Banco Central en Inmobiliaria Colonial, S.A, la cual ascendía al 63,85 % del capital social, con lo cual pasó a ostentar una participación superior al 65 % en la mencionada sociedad.



Con posterioridad a esta adquisición, La Caixa realizó una oferta pública de adquisición de acciones por el porcentaje restante del capital de Inmobiliaria Colonial, S.A, pasando a ser titular, como consecuencia de estas adquisiciones, del 96,85% de las acciones de dicha sociedad.

2.- Con fecha 25 de Marzo de 1992, La Caixa presentó autoliquidación por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, al tipo del 6%, de acuerdo con lo establecido en el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, al haber adquirido un porcentaje superior al 50% del capital de la compañía inmobiliaria, declarando una base de 16.256.808.232 ptas y una deuda tributaria a ingresar de 975.408.494 ptas.

3.- Sin embargo, el 9 de Febrero de 1993, la entidad solicitó, ante la Delegación Territorial de Barcelona del Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña, la devolución de ingresos indebidos por importe de 975.408.454 ptas, más los intereses correspondientes, por considerar que el artículo 108 de la ley del Mercado de Valores contradecía las disposiciones comunitarias, concretamente la Sexta Directiva, sin que el mismo fuese de aplicación, en todo caso, a la adquisición de valores realizada, al no encubrir una venta de inmuebles.

4.- Al no obtener respuesta expresa en el plazo legal establecido, la Caixa promovió reclamación económico administrativa contra la desestimación presunta de la solicitud de devolución planteada, que fue desestimada por el Tribunal Regional de Cataluña, mediante resolución de 30 de Enero de 1998, al entender que la autoliquidación practicada, y la ratificación acordada por la Oficina Gestora al denegar la devolución solicitada, eran ajustadas a Derecho.

Esta resolución fue confirmada en alzada por el TEAC en 14 de Mayo de 1999.

5.- No conforme la entidad, interpuso recurso contencioso administrativo, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra la referida resolución del TEAC de 14 de Mayo de 1999, y la Sección Cuarta dictó sentencia el 28 de Mayo de 2004, estimándolo parcialmente, por entender que la base imponible, debía fijarse no sobre el valor real del 100% de los inmuebles que componían el activo de Inmobiliaria Colonial, S.A, sino sobre la parte del valor de bienes inmuebles proporcional a las acciones objeto de la transmisión, rechazando, en cambio las restantes **cuestiones** planteadas, que versaban sobre:

A) La incompatibilidad del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores con lo establecido en el artículo 13 .B. d).5 de la Sexta Directiva, en cuanto determina la sujeción obligatoria de la compraventa de acciones al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, eximiéndolo del Impuesto sobre el Valor Añadido, no obstante no permitir la norma comunitaria extender la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido a "las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo".

B) La contradicción a la Constitución Española y al Derecho Comunitario del citado 108, al establecer una presunción de fraude generalizada que no admite prueba en contrario, al presuponer que todas las operaciones de transmisión de acciones correspondientes a sociedades cuyo activo es fundamentalmente de carácter inmobiliario son realizadas con motivos de elusión fiscal.

6.- Contra la referida sentencia, y en la parte en que desestima el recurso contencioso administrativo, La Caixa preparó recurso de casación, siendo formalizado con la invocación de un único motivo, articulado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, por infringir la sentencia los siguientes preceptos:

-artículos 13.B .d.5, 5.3 y 27 de la Directiva 77/388 del Consejo.

- artículos 9, 24 y 31.1 de la Constitución Española y 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas de 16 de Diciembre de 1966.

SEGUNDO.-El marco jurídico nacional

I. Contenido del art. 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores.

Ha tenido tres redacciones diferentes desde su entrada en vigor.

La primera de ellos fue aprobada originalmente en dicha Ley, que estuvo vigente hasta el día 1 de enero de 1992, fecha de entrada en vigor de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuya disposición adicional duodécima aprobó la segunda redacción del art. 108. Esta última estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, cuyo artículo octavo aprobó la redacción del precepto que se encuentra ahora vigente.



La versión del precepto según la Ley 18/91, aplicable a los hechos controvertidos disponía.

"1.- La transmisión de valores, admitidos o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y del Impuesto sobre el Valor Añadido.

2.- Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior y tributarán por concepto de «Transmisiones Patrimoniales Onerosas» en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados:

1º. Las transmisiones realizadas en el mercado secundario, así como las adquisiciones en los mercados primarios como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de conversión de obligaciones en acciones, de valores que representen partes alicuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones u otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en su 50 por 100 por inmuebles situados en territorio nacional, siempre que, como resultado de dicha transmisión, o adquisición, el adquirente obtenga la titularidad total de este patrimonio o, al menos, una posición tal que la permita ejercer el control sobre tales entidades.

Tratándose de sociedades mercantiles se entenderá obtenido dicho control cuando directa o indirectamente se alcance una participación en el capital social superior al 50 por 100.

A los efectos del cómputo del 50 por 100 del activo constituido por inmuebles, no se tendrán en cuenta aquéllos, salvo los terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de las entidades cuyo objeto social exclusivo consista en el desarrollo de actividades empresariales de construcción o promoción inmobiliaria.

2º. Las transmisiones de acciones o participaciones sociales, recibidas por las aportaciones de bienes inmuebles realizadas con ocasión de la constitución de sociedades o la ampliación de su capital social, siempre que entre la fecha de aportación y la de transmisión no hubiera transcurrido un plazo de un año.

En los casos anteriores, se aplicará el tipo correspondiente a las transmisiones onerosas de bienes inmuebles, sobre el valor de los referidos bienes calculado de acuerdo a las reglas contenidas en la normativa vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados."

II.- Contenido del artículo 7, 5 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , aprobado por Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de Diciembre, según redacción dada por la ley 30/1985, de 2 de Agosto.

"... 5. No estarán sujetas al concepto de «transmisiones patrimoniales onerosas», regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido. No obstante, quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas o arrendamientos de bienes inmuebles, así como la constitución y transmisión de derechos reales de uso y disfrute que recaigan sobre los mismos, cuando gocen de exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido. También quedarán sujetas las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido."

III.- Normativa relativa al Impuesto sobre el Valor Añadido.

A) Artículo 8.1.18 g) de la ley 30/1985, de 2 de Agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido , vigente al tiempo de los hechos:

"Están exentas de este Impuesto.....

18: las siguientes operaciones financieras, cualesquiera que sea la persona o entidad que las realice....

A) Los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás títulos valores no mencionados en las letras anteriores de este apartado 18º, con excepción de:

a' . los representativos de mercaderías.

b' . los títulos cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de un bien inmueble..."

B) Artículo 13.1.18 K del Real Decreto 2028/1985, de 30 de Octubre .

"Estarán exentas de este Impuesto.....

18. Las siguientes operaciones financieras, cualquiera que sea la persona o entidad que las realice.....



K) los servicios y operaciones, exceptuados el depósito

A) Los servicios y operaciones, exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades, obligaciones y demás títulos valores no mencionados en las letras anteriores de este apartado 18º, con excepción de:

a' . los representativos de mercaderías.

b' . los títulos cuya posesión asegure de hecho o de derecho la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de un bien inmueble..."

No tienen esta naturaleza las acciones o las participaciones en sociedades u otras entidades".

C) Artículo 20.1.18 K de la Ley 37/1992, de 28 de Diciembre .

Su contenido es idéntico al texto del Real Decreto 2028/1985.

TERCERO.- El marco jurídico comunitario

A) Directiva 77/388/CEE, del Consejo de 17 de Mayo, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativos a los impuestos sobre el volumen de negocios. Sistema común del IVA: Base imponible uniforme (Sexta Directiva).

- artículo 2 .

<<Estarán sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido: las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas a título oneroso en el interior del país por un sujeto pasivo que actúe como tal.>>

- artículo 5. Entrega de bienes;

<<1- Se entenderá por entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre un bien corporal con las facultades atribuidas a su propietario.

2- Tendrán la condición de bienes corporales la corriente eléctrica, el gas, el calor, el frío y cosas similares.

3- Los Estados miembros podrán considerar como bienes corporales:

a) Ciertos derechos sobre bienes inmuebles.

b) Los derechos reales que confieran a su titular un poder de utilización sobre bienes inmuebles.

c) Las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o del disfrute de un inmueble o de una parte del mismo. (.....)>>

<<- Artículo 13. Exenciones en el interior del país.

(....) B. otras exenciones.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones comunitarias, los Estados miembros eximirán, en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones previstas a continuación y de evitar todo posible fraude, evasión o abusos:.....

a)....

d) Las operaciones siguientes:...

1....

5) Las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativos a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos valores, con excepción de:

-Los títulos representativos de mercaderías, y

- Los derechos o títulos enunciados en el apartado 3 del artículo 5 (...)>>

- artículo 27

<< 1El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá autorizar a cualquier Estado miembro a que establezca medidas especiales de inaplicación de la presente Directiva para simplificar la percepción del Impuesto o evitar determinados fraudes o evasiones fiscales.....>>.

B) Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

- artículo 43 (actual 49 TFUE)



<< En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del art. 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales>>.

-Artículo 56 (actual 63 TFUE)

<< En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países>>.

CUARTO.- La procedencia de la **cuestión prejudicial.**

La Sala considera pertinente plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las **cuestiones prejudiciales** que fueron sometidas a la consideración de las partes procesales y del Ministerio Fiscal mediante la providencia de 11 de Octubre de 2011, así como la que pretende también L a Caixa sobre la compatibilidad de la normativa nacional con las libertades de establecimiento y de circulación de capitales, ya que la solución del litigio depende, en gran parte, del juicio sobre el contraste entre la normativa española y el Derecho Comunitario.

En el caso de autos, la interpretación del derecho comunitario resulta necesaria, ante las posturas enfrentadas en el litigio.

En función de cuál sea la interpretación que siente el Tribunal de Justicia, esta Sala estará en condiciones de juzgar sobre la adecuación de la normativa española al ordenamiento de la Comunidad Europea.

QUINTO.- La primera **cuestión prejudicial**

Se trata de saber, ante todo, si el art. 13.B.d) 5 de la Sexta Directiva, no obstante ordenar imperativamente a los Estados miembros a eximir del Impuesto a las operaciones relativas a acciones y demás tributos asimilados, impone también con carácter imperativo no eximir en los casos, entre otros, de los derechos o títulos enunciados en el apartado 3 del art. 5 (las operaciones realizadas sobre acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, el disfrute o la atribución de la propiedad de un bien inmueble).

La Sala de instancia interpretó que de "acuerdo con el Derecho Comunitario los Estados miembros se encuentran facultados para el establecimiento de exenciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido para operaciones con acciones o participaciones sociales, y, caso de establecerlas, para hacerlo o no con exclusión de aquéllas que supongan la propiedad o el disfrute de bienes inmuebles, cuyo sometimiento al tributo, consecuentemente, no es obligado para todo supuesto, pudiendo por ello ser incluidas en mayor o menor medida en el ámbito de la exención y, consecuentemente, quedar sujetas en esa medida a otras figuras comparativas".

En definitiva, lo que viene a entender dicha Sala es que la Sexta Directiva establece dos opciones en relación con el grupo de exenciones de carácter económico contempladas en el art. 13.B) d).5, al objeto de evitar situaciones de fraude o evasión fiscal; la primera de estas opciones otorgaría la alternativa a los Estados miembros de eximir o no las operaciones relativas a acciones y participaciones en el capital social de entidades; la segunda de estas opciones otorgaría la alternativa, en el caso de haber optado el Estado miembro por eximir del IVA las operaciones relativas a acciones y participaciones sociales, a excluir o no de dicha exención aquellas operaciones relativas a acciones o participaciones relativas a acciones o participaciones relativas a acciones o participaciones cuya posesión asegure la atribución de la propiedad o el disfrute de un inmueble o de una parte del mismo, tesis que justificara la exención establecida por los preceptos legales internos respecto al IVA, y la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones, para evitar la utilización fraudulenta de la exención en el IVA.

Esta interpretación se considera errónea por La Caixa, al mantener que resulta improcedente que la transmisión de este tipo de acciones tribute por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en vez de gravarse por el IVA, máxime cuando el Reino de España inaplicó la Directiva sin haber seguido el procedimiento establecido para obtener la autorización necesaria del Consejo de las Comunidades Europeas, art. 27, para impedir la elusión fiscal en el marco de la transmisión de bienes inmuebles mediante la interposición de sociedades.

Conviene recordar que el art. 108, apartado segundo, de la norma española prevé la sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de las operaciones financieras que tengan por objeto la transmisión de



acciones o de participaciones sociales entre entidades dentro del territorio nacional, cuando se cumplan las dos exigencias que contempla, esto es, que la sociedad transmitente tenga cuando menos un 50 % de su activo patrimonial en inmuebles y que, como consecuencia de la operación, la entidad adquirente llegue a tener el control de las actividades de la sociedad transmitente.

Este Tribunal no alberga duda de que la norma española, aunque fuese creada inicialmente con el objetivo de evitar que, mediante transmisiones de valores representativos del capital de sociedades inmobiliarias, se pudiera evitar la tributación indirecta generada por la transmisión de los inmuebles titularidad de dichas sociedades y, concretamente, la tributación por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, después de la modificación operada en 1991, no se trata de una norma antielusión, sino de una norma que determina la tributación por este último concepto en los supuestos que concreta, y que no requiere para su aplicación la existencia de un ánimo fraudulento por parte del sujeto pasivo.

El Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse en el Auto de 6 de Octubre de 2010 (asunto C-487/09) en relación con la Directiva 69/355 /CEE del Consejo, de 17 de Julio de 1969.

Sin embargo, mayores reservas tiene la Sala sobre si el art. 13.B.d) 5, en relación con el 5.3 c) de la Sexta Directiva (en la actualidad, la Directiva 2006/112/CE, del Consejo de 28 de Noviembre de 2006 , arts. 135. 1. f) y 15.2.c) permite a los Estados miembros eximir de la tributación por IVA en este tipo de operaciones de compraventa de acciones de sociedades cuyo patrimonio esté integrado mayoritariamente por inmuebles, ya que parece establecer la excepción a la exención a las operaciones realizadas sobre acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, el disfrute a la atribución de la propiedad de un bien inmueble, al remitirse al art. 5.3.

En opinión de la recurrente, dicho art. 5 se encarga de definir el hecho imponible del impuesto consistente en una entrega de bienes, permitiendo a los Estados miembros optar por calificar dichas operaciones como entrega de bienes o como prestaciones de servicios, pero sin que otorgue opción alguna para que pueda eximir del IVA a las operaciones controvertidas, citando en su apoyo las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de Diciembre de 1990 y de 4 de Octubre de 2001 .

El legislador español, al aprobar la ley 30/1985, de 2 de Agosto, del Impuesto sobre el Valor Añadido, recogió en el art. 8.uno.18 g) la exención con la excepción en los mismos términos que contemplaba el art. 13 . D.d) 5 de la Directiva, pero el Reglamento, aprobado por Real Decreto 2028/1985, de 30 de Octubre , en su art. 13.1.18 K, respecto de los títulos cuya posesión asegure de hecho, o de derecho, la propiedad, el uso o el disfrute exclusivo de un bien inmueble, agregó que "no tienen esta naturaleza las acciones o las participaciones en sociedades a otras entidades", llegándose de esta forma a la ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, cuyo art. 108 declara, con carácter general, la exención en el Impuesto sobre el Valor Añadido y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, de las transmisiones de valores, pero sujetando a la modalidad de "transmisiones patrimoniales onerosas", a las transmisiones en las que concurran las circunstancias que señala. Por su parte el actual art. 20.1. 18 K) de la vigente ley del IVA de 1992 reproduce el texto del Real Decreto 2028/1985.

En esta textura cabe preguntarse si la Sexta Directiva obliga en su artículo 13.B.d.5) a sujetar al Impuesto sobre el Valor Añadido, sin excepción, las operaciones sobre venta de acciones, por un sujeto pasivo del Impuesto, que comporten la adquisición del dominio de bienes inmuebles, ante la excepción que establece para las participaciones y acciones cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o el disfrute de un inmueble o parte del mismo.

SEXTO.- La segunda cuestión prejudicial.

Se encuentra intimamente relacionada con la anterior.

Se trata de saber también si la Sexta Directiva permite la existencia de normas como el artículo 108 de la ley española 24/1998, del Mercado de Valores, que grava la adquisición de la mayoría del capital de la sociedad cuyo activo está fundamentalmente integrado por inmuebles por un impuesto indirecto distinto al IVA, llamado Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, con desatención de la posible condición empresarial de los intervinientes en la operación, sin excluir, por tanto, el supuesto en que de haberse transmitido directamente los inmuebles, en lugar de las acciones o participaciones, la operación habría quedado sujeta al IVA.

En la actualidad el art. 4.4.b de la ley del IVA de 1992 , relativo al hecho imponible, en la línea del art. 108.2 de la ley 24/1988 , dispone " las operaciones sujetas a este Impuesto (las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional) no estarán sujetas al concepto << transmisiones patrimoniales >> del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.



Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las operaciones que se indican a continuación:

.....b) Las transmisiones de valores a que se refiere el art. 108, apartado dos, números 1º y 2º de la ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, según la redacción establecida por la disposición adicional 12ª de la ley 18/1991, de 6 de Junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas".

En definitiva se trata de determinar si es posible un tratamiento tributario distinto respecto de dos operaciones que, en la práctica, soportan las mismas consecuencias jurídicas, pero que, según prescribe la normativa española, en un caso, el de la transmisión directa de los bienes inmuebles estaría sujeta al IVA por tratarse de operaciones entre empresarios o profesionales, mientras que en el de la transmisión de acciones o de participaciones sociales de sociedades inmobiliarias que lo fueran en un porcentaje superior al 50% tributarían por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales.

Este doble tratamiento tributario, según el Ministerio Fiscal, carece de justificación razonable y parece contradecir el objetivo de la Sexta Directiva que era el de gravar por el mismo Impuesto, el IVA, las transmisiones directas de activos inmobiliarios y las de las acciones y participaciones sociales cuya posesión asegure la atribución de la propiedad o el disfrute de un inmueble o parte del mismo.

SÉPTIMO.- La tercera cuestión prejudicial.

Se trata de determinar, finalmente, sobre la compatibilidad con las libertades fundamentales de establecimiento y de circulación de capitales previstas en los art. 43 y 56 de TCE (actualmente 49 y 63 del TFUE) de una norma nacional como el art. 108 de la ley del Mercado de Valores, que grava la adquisición de la mayoría del capital de la sociedad cuyo activo está fundamentalmente integrado por bienes inmuebles, sólo en el caso de que los bienes estén ubicados en territorio español.

Este tipo de normas puede disuadir a las empresas de otros Estados miembros a establecerse en España, mediante la adquisición de sociedades ya constituidas, ante el mayor coste fiscal que supone el impuesto que se exige, por la imposibilidad inmediata de su deducción, sin que pueda justificarse por motivos de lucha contra la evasión fiscal, porque se parte de una presunción de existencia de fraude en todo caso sin que admita la posibilidad de prueba en contrario.

Debe significarse, no obstante, que en la última redacción del art. 108 de la ley del Mercado de Valores, otorgada por la ley 36/2006, de 29 de Noviembre, no se aplica el gravamen de Transmisiones Patrimoniales en el caso de que los valores objeto de transmisión estén admitidos a negociación en un mercado secundario.

Asimismo se excluye de la obligación de tributar por Transmisiones, aunque la transmisión de acciones se refiera a un bien cuyo activo sea mayoritariamente de naturaleza inmobiliaria, cuando se realice en el ámbito de una oferta pública de venta o de adquisición de acciones.

Asimismo, ha de recordarse que en la sentencia Cadbury Schwepps, de 12 de Septiembre de 2006, asunto C-196/04, el Tribunal de Justicia consideró que las medidas antielusorias internas deben emplearse para oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica.

Por otra parte, y por la misma razón, la situación que genera el art. 108 puede disuadir a los no residentes de invertir en España cuando el activo de la sociedad esté constituido fundamentalmente por bienes inmuebles.

Por lo expuesto:

LA SALA ACUERDA:

Plantear al Tribunal de Justicia, al amparo del artículo 267 del TFUE las siguientes **cuestiones prejudiciales**:

1) ¿La Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de Mayo (en la actualidad la Directiva 2006/12/CE de 28 de Noviembre) obliga en su artículo 13.B.d) 5 a sujetar al Impuesto sobre el Valor Añadido, sin exención, las operaciones sobre venta de acciones, por un sujeto pasivo del Impuesto, que comporten la adquisición del dominio de bienes inmuebles, ante la excepción que establece para los títulos cuya posesión asegure, de derecho o de hecho, la atribución de la propiedad o el disfrute de un inmueble o de una parte del mismo?

2) ¿La Directiva 77/388/CEE, del Consejo de 17 de Mayo permite la existencia de normas como el artículo 108 de la Ley española 24/1988, del Mercado de Valores, que grava la adquisición de la mayoría del capital de la sociedad cuyo activo está fundamentalmente integrado por inmuebles por un impuesto indirecto distinto al IVA, llamado Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, con desatención de la posible condición empresarial de los intervinientes en la operación, sin excluir, por tanto, el supuesto en que de haberse transmitido directamente los inmuebles, en lugar de las acciones o participaciones, la operación habría quedado sujeta al IVA?.



3) ¿Resulta compatible con la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 49 del TCE (actual art. 49 TFUE) y con la libertad de circulación de capitales regulada en el artículo 56 del TCE (actual art. 63 del TFUE) una norma nacional como el artículo 108 de la ley del Mercado de Valores española, de 28 de Julio de 1988, según la redacción dada por la disposición adicional 12ª de la ley 18/1991 , que grava la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está fundamentalmente integrado por bienes inmuebles radicados en España, y todo ello sin permitir probar que la sociedad cuyo control se adquiere tiene actividad económica?

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ